FERDINANDO II per la grazia di Dio Re del Regno delle due Sicilie, di Gerusalemme ec. Duca di Parma, Piacenza, Castro ec. ec. Gran Principe Ereditario di Toscana ec. ec. ec.

Su' dubbii di legge elevati dalla Corte suprema di giustizia in Napoli, ad occasione del giudizio trattato negli antichi e ne' nuovi tribunali tra' fratelli *Prigisano* e fratelli *Cervone*, cioè:

1.° Se debba ritenersi legalmente esistente una sentenza del già S. R. C., che trovasi scritta ne' fogli bianchi del correlativo processo dal consigliere relatore della causa:

2.° Se sia legale la spedizione della sentenza medesima, formata, giusta gli articoli 841 e 842 dell'abolito Codice di procedura civile, sotto il cui impero rilasciavasi:

3.° Se, stanti le disposizioni del decreto del 4 di marzo 1809 che permettevano l'uso de' gravami del rito abolito contro le sentenze de' tribunali antichi della capitale, possano tali sentenze impugnarsi ancora co' gravami del rito novello:

4.° Se la perenzione dell'appello proposto contro la detta sentenza porti di diritto che la medesima acquisti forza di cosa giudicata:

5.° Se, dopo dichiarata irrevocabilmente la perenzione, possa proporsi eccezione di competenza, per fare nuovo esame degli effetti della perenzione.

SUL PRIMO - Veduta la prammatica 89 n.° 8 sotto il titolo *de Officio S. R. C.*, e la prammatica 10

sotto il titolo *de Officio judicum*, per le quali era prescritto che le sentenze pronunziate dal collegio si scrivessero sul processo della causa dal consigliere relatore, e si notassero poi sul registro del segretario del Collegio medesimo ;

Veduto il processo originale antico della causa *Prigisano* e *Cervone*, nel quale esiste la sentenza autografa sotto la data del 9 di gennajo 1808, scritta dal consigliere relatore ;

Veduti i certificati del grande archivio contestanti trovarsi la sentenza medesima trascritta nel registro del segretario del S. R. C. sotto la data stessa ; essere trascritti altresì i nomi de' consiglieri che nel collegio intervennero nella udienza di quel giorno.

Sul secondo - Veduti gli articoli 841 e 842 dell' abolito codice di procedura civile, che determinano il metodo per ottenere da' depositarii copia legale degli atti rimasti imperfetti ;

Veduta la copia della cennata sentenza spedita nel 1816 in conseguenza di ordine del presidente del tribunale civile, uniformemente a quelle prescrizioni.

Sul terzo - Veduto l' articolo 3 del decreto del 4 di marzo 1809, il quale se permise alle parti di far uso de' gravami concessi dall' antico rito contro i decreti non passati in giudicato de' tribunali superiori della capitale, non tolse loro la facoltà di gravarsene innanzi a' novelli tribunali, usando de' rimedii apprestati dalla nuova procedura.

Sul quarto - Veduto l' art. 469 dell' abolito codice, e l' art. 533 delle vigenti *leggi di procedura civile* concordi nel dichiarare come effetto legale della perenzione in causa di appello il dare alla sentenza impugnata la forza di cosa giudicata.

Sul quinto - Vedute le decisioni della gran Corte civile di Napoli che la perenzione ammettono, e la decisione della Corte suprema di giustizia, che, il ricorso per questa parte rigettando, pone termine a quella questione fra le parti: che così ogni disputa ulteriore per gli effetti legali della dichiarata perenzione dell' appello, e sulla competenza della gran Corte civile per tal esame, torna inopportuna.

Veduto l'articolo 131 della legge de' 29 di maggio 1817 sull'ordinamento giudiziario ne' reali dominii di quà del Faro;

Veduto il parere della consulta generale del regno;

Sulla proposizione del nostro ministro segretario di Stato di grazia e giustizia;

Udito il nostro consiglio ordinario di stato;

Abbiamo risoluto di *decretare*, e *decretiamo* quanto segue.

ARTICOLO PRIMO.

Dichiariamo,

Constare legalmente della sentenza del S. R. C., conformemente a' dettami delle antiche prammatiche del regno:

La spedizione della sentenza essersi eseguita a'

termini degli articoli 841 e 842 dell'abolito codice di procedura civile:

Il decreto del 1809 non vietare di usarsi de' gravami instituiti dal nuovo rito contro le sentenze degli antichi tribunali della capitale:

La perenzione dell'appello portare di diritto che la sentenza appellata prenda forza di cosa giudicata:

Non esser luogo a quistione di competenza dopo la dichiarazione della perenzione dell'appello e degli effetti della perenzione.

ARTICOLO SECONDO.

Il nostro Ministro Segretario di Stato di grazia e giustizia, ed il nostro Luogotenente generale ne' nostri reali dominii oltre il Faro, sono incaricati, ciascuno per la sua parte, della esecuzione del presente decreto.

Napoli, il dì 31 di dicembre 1844.

Firmato — FERDINANDO.

Il consigliere Ministro di Stato
Presidente interino del Consiglio de' Ministri
Firmato — Marchese di Pietracatella.

Il Ministro Segretario di Stato di grazia e giustizia.
Firmato — Nicola Parisio.

Pubblicato in Napoli nel dì 22 di gennajo 1845.

NOTE

AL SAGGIO D'INTERPRETAZIONE

SULLA L. FILIUS 15. DIG. DE COND. INST.

NELLA CAUSA DI PRETESA NULLITÀ

DEL

TESTAMENTO DI ADRIANO PRATO

EMESSE DOPO LA CONSULTAZIONE DEL SIG. AVV. ANGIOLINI IN DATA DEL 31 LUGLIO, PUBBLICATA IL 19 AGOSTO 1836.

FIRENZE

TIPOGRAFIA DI L. PEZZATI

1836.

AVVISO NECESSARIO

Qualcuno certamente avrà fatto le meraviglie che io abbia pubblicato il mio Scritto così quasi nudo, o almeno senza ampio e lungo corredo di Scrittori che confortino i miei giudizj. E io veramente, benchè poco usato a tessere lunghe storie di opinioni, comunque spesso utili, e alcuna volta necessarie, voleva questa volta aggiungere all' autorità del testo le sentenze di qualche Interprete per mostrare che il mio modo d' interpretare non era arbitrario. Ma il Procuratore e il Cliente mi prevennero nel distribuire quello Scritto, nudo com'era, perchè un buon Legale e un buon esecutore testamentario più che cose belle, cercano sollecite e propizie sentenze. E io allora sospesi il mio disegno, e aspettai ciò che avrebbe fatto il mio valente Avversario, per eseguire, o mutare consiglio secondo l'occorrenza. Desiderato, ed aspettatissimo venne finalmente quel suo lavoro, ed io pigliai a leggerlo nella

speranza di potergli replicare al mio meglio colla ragione e coll' autorità. Ma mi trovai dolorosamente defraudato, perchè quella Consultazione non mi rispondeva, e lasciando i fatti senza prova, e i miei principj senza confutazione mi toglieva il bene della replica. Così la mia replicazione non ha ora come costruirsi, e comparire in pubblico. Ma quel difetto del mio Saggio, che non ha in corpo neppure un' = ivi =, nè muove mai colla parola d' un Dottore, bisogna pure per qualche modo emendarlo! E gli argomenti de'miei oppositori che possono starmi contro, quantunque non sieno diretti a me e alle cose mie, bisogna pure seguirgli da lungi e tentare se le mie ragioni anche dopo i manifestati argomenti dell' Azione promossa dall' Avversario abbiano giuridica sussistenza. In questo doppio concetto tenterò alcune note alle diverse parti di quel mio Saggio dirette in primo luogo a porre in evidenza e connettere i principj, dai quali io partii interpretando e limitando il mio testo — in secondo luogo a mostrare quando occorra che questi principj partono dalla legge ed hanno presidio nella Interpretazione, ed accoglienza nella Giurisprudenza — in terzo luogo a difendergli dalla doppia forza, tra la quale mi trovo, sic-

chè se io dovessi uscire perdente da questo esperimento, non sembri aver col silenzio confessata la giustizia della mia perdita, e soscritta la contraria sentenza, ed apparisca a tutti che quale io era a principio intimamente persuaso che la mia causa sia buona, tale e anche più fortemente sono oggi dopochè io ho letto tuttociò che l' ingegno potè suggerire a difesa della contraria opinione.

NOTA PRIMA

ai §§. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13.
pag. dal 3. fino al 10.

FATTO DELLA CAUSA

Il fatto della causa è tale, quale noi l' abbiamo narrato. La narrazione contraria, comunque affatto opposta alla nostra, dimostra la verità delle nostre asserzioni.

Il nostro fatto mostra essere stato Adriano Prato intelligente libero, fermo nelle sue proprie volontà, affettuoso e liberale verso i figli per tutta la vita, e giustissimo divisore, e provido e cauto dispositore dei proprj beni a vantaggio

di questi figli, anche al di là della vita col suo retto e lodevolissimo testamento. Le riflessioni da noi fatte nel corso del nostro Scritto (§. 1. 35.) perfezionano questa dimostrazione, la quale è fondata su ferme basi. Poichè prima sta sulla generale presunzione, da cui è animata ogni legge, su cui riposa ogni società, che gli uomini che vi convivono sieno onesti ed illuminati, per la quale presunzione chi sostiene la salute morale ed intellettuale d'alcuno, non ha bisogno di provarla. E poi la dimostrazione ha il positivo e speciale appoggio della vita intiera e delle creazioni Economiche di Adriano Prato, e della storia dei familiari suoi sacrifizj, delle sue resistenze ad ogni maniera di straniero eccitamento, della sua fermezza effettiva e *sperimentale* dedotta dagli atti del suo intelletto e della sua volontà fino ai suoi ultimi giorni, e trova essa finalmente un saldo sostegno nelle stesse disposizioni di quel suo testamento. Le quali cose tutte nella pubblicità, con cui Adriano Prato, fino all'ultimo respiro amministrava ora le pubbliche, ora le private sue cose, sono di assoluta e universale notorietà, e possono poi ad ogni mossa dei nostri Avversarj essere anche oltre il bisogno (che il notorio e il presunto non

ha bisogno di prova) essere dimostrate con una nube di testimoni. Che se noi ce ne astenghiamo attualmente, ciò non è senza molte ragioni. E primieramente, ci parrebbe d' avvilire la nostra causa col cimentare questa prova, e ci faremmo scrupolo di sospendere per questa causa la decisione a mal tempo, e di presentare una scusa non richiesta, e una difesa inutile contro una offesa che niuno ardisce di pronunziare giuridicamente contro la memoria d'Adriano Prato. E poi ci sembra che le parole azzardate in contrario, abbenchè bastantemente forse gravi da meritare repressione (Scritto Avversario pag. 5. 9. 64. e segg.) oltrechè non sono giuridicamente pronunziate, nè fatte degli atti, nè dimostrate legittimamente; appajano poi, col non farsene conto alcuno nella causa, e non formarne argomento d' un temerario Litigio, e si veggano siffattamente disprezzate col fatto da quei medesimi che le proferirono da dovere noi imitare quel loro o silenzio, o disprezzo. E infine, noi, sentiamo orrore a farci organi di guerre fraterne, a vendere gli sdegni domestici, a distruggere il tetto sacro di comune nascimento col fuoco stesso a così dire dei domestici focolari. Perlochè, noi, nè ora,

nè poi, non ci mischieremo di queste miserie: e finchè la causa non lo esigerà imperiosamente prenderemo per noi, e rammenteremo agli altri il precetto degl' Imperatori (nella l. 6. §. 1. de postulando) ed astenendoci dai non necessari rimproveri, tratteremo la causa — E solamente per trattare la causa, ci piace ora d'avvertire che il modo con che il fatto si narra in contrario (e si narra fuor d'ogni vero) toglie fede a quella narrazione e aggiugne fede alla nostra. E prima, col confessare che Adriano Prato fino a quattro giorni innanzi al suo testamento, e in quel patto di famiglia che si loda a cielo, era sano e gagliardo, e amoroso, e sapiente e fortissimo di mente e di cuore (Scritto cont. pag. 1.) si viene ad escludere che dopo quattro giorni soli, e senza alcuno nuovo malanno accadutogli fosse diventato infermo, e debole, e stolto, e apatico, e ridotto a tale che *Agito* come si dice, anzichè *agente*, fosse convertito in materia prima da tutti que' brutti tentativi fatti da tutti quelli ignoti mostri che pajono sorgere di sotterra, e quasi pigliarlo al collo perchè segni col suo nome quel testamento. E poi gli Avversarj, dando intiera a stampa la copia di quel testamento medesimo,

ne mettono ogni uomo che non manchi di quel senso che già si diceva comune, in istato di giudicare se veramente sia come si dice ingiusto iniquo, scandaloso carpito, o se non anzi come noi difendiamo, sia un' atto di provido e attento Padre di famiglia che secondo i bisogni dei figli distribuisca egualmente tra essi le sue fortune. E questi Avversarj, dicendo tante cose, quante in quelle pagine se ne leggono, non solamente senza provarle bene, ma senza farle neppure argomento di difesa, o subietto d' un lampo di prova, si mostra bene che que' che le dicevano, non le credevano affatto, nè avevano ragioni per crederle se non le manifestavano in sì grave bisogno di esprimerle. — E finalmente lasciando sola la domanda ad asserire che quel Testamento non conteneva l' ultima volontà del Testatore Prato senza farne cenno, *e lasciandola sola* nella Consultazione, *e sola nel* Voto, senza cimentare le prove occorrenti, si fà chiaro che quelle parole furono gettate là, ma che, poichè nulla si è messo fuori che appartenga a questa difesa, null' altro poi sono da riputarsi fuorchè frasi compiacenti d' una tal qual compassione, diretta più a confortare un vivo, mostrando di compatirgli, che a censu-

rare veramente gli atti e la memoria del morto. Che se questa diceria volesse cambiarsi in querela giuridica, sia d' avviso all' Attore che noi ed i nostri abbiamo forza e cuore da riceverla debitamente in questa pugna forense: sicchè se l' animo glielo permette, e sente sicura la sua coscienza, può bene proporre la querela, e nominare le persone, e provare le cose, perchè tutti que' che si trovano adombrati in quelle mistiche sue parole ne stanno contenti. E se non piacerà all' Avversario l' accettare questa offerta, ne staranno contenti egualmente, perchè nel primo caso si conoscerà a nudo la verità, e nel secondo, nel quale ora ci troviamo, starà pur fermo il nostro concetto, che il modo, in che si narra il fatto della causa in contrario aggiugne fede alla nostra narrazione, quantunque tanto opposta a quella attentata in contrario, quanto è opposta nella causa la intenzione e sentenza nostra a quella degli Avversarj.

NOTA SECONDA

al §. 17. pag. 15. ed ai §§. 18. 19. e 20.
pag. 16. e 17.

Sul carattere di figlio di famiglia che dee verificarsi nell'istituito condizionalmente perchè operi la l. 15. de Cond. instit.

1. La dottrina che la condizione potestativa apposta alla istituzione del figlio erede suo, vizj il Testamento è una conseguenza della dottrina delle leggi sulla preterizione, e le leggi della preterizione sono parte del Gius familiare e conseguenza del vincolo che per la paterna potestà lega insieme il padre coi figli.

2. E perchè la dottrina della condizione vietata è conseguenza della dottrina della patria potestà e dei diritti dell' Erede suo, non può parlarsene se fra il testatore e l'erede non esiste il vincolo della potestà.

3. E le leggi posteriori non hanno nè voluto, nè potuto alterare questa Giurisprudenza che conseguiva necessariamente dai principj generali: non l' hanno potuto senza distruggerli.

4. E se hanno potuto e forse voluto togliere

ai suoi il diritto di annullare col Gius nuovo, e col nuovissimo, mutando i principj del gius antico, non hanno potuto, nè voluto certamente accordare quel vecchio diritto a coloro che non avevano col testatore rapporto passivo di potestà nè di suità colla di lui eredità.

5. Non si può dire utilmente che i figli emancipati sieno oggi agguagliati ai figli in potestà o perchè la potestà sia mutata, o perchè l'emancipazione di diritto non operi lo stesso effetto che quella di fatto, o perchè le leggi nuove e particolarmente la Novella 115. abbia fatto cessare questa, come in contrario si chiama, meschina e deplorabile obiezione (pag. 77).

Poichè se la potestà è mutata, e i vincoli di famiglia sono oggi rallentati notabilmente e i poteri del padre di famiglia sono minori, non è da dire che i diritti degli emancipati sono agguagliati ai diritti dei figli in potestà, ma piuttosto che i diritti dei figli in potestà nascenti, come questo dalla somma forza dei rapporti famiIiari antichi son cessati necessariamente.

E se la Novella 115. ha operato su i figli e su i nipoti anche fuori della potestà paterna, e non per la sola diseredazione, ma per la preterizione, non può essa invocarsi per sostenere

che la querela *sia di nullità*, e competa al figlio offeso; e che a qualunque altro ha interesse nella nullità compete poi il dritto a far dichiarare intestata la successione: giacchè *chi questo* asseriva, fu costretto a negare *quel primo.*

Queste proposizioni hanno la loro dimostrazione nel nostro scritto, e contengono qui, se l'amore della causa non c'illude, la replica alle obiezioni che dopo quello scritto comparvero nella consultazione e nel voto pubblicati in contrario.

La prima è la più importante. " Che la dottrina delle condizioni sia oonseguenza della dottrina sulla preterizione non solamente è concordata dagli Avversari ma forma base alla loro difesa, e ci dispensa così dal citare nuovamente gli autori che lo dimostrano. Che la dottrina della preterizione consegue dalla teoria della potestà, e che solamente per quel condominio che la legge trovava nei *figli di famiglia* e per quella vocazione che legittimamente avevano alla paterna eredità fosse vietata la preterizione risulta dalla storia del dritto in proposito, e segnatamente da Gaio nel Commentario secondo, dalle Istitute Giustinianee al titolo de Exheredatione Liberorum, e dagli scrittori a questo titolo.

Che le leggi posteriori non abbiano potuto distruggere la conseguenza senza il principio, e che non l' abbiano conseguentemente voluto, lo abbiamo provato coll' analisi di queste leggi che poi sono state, forse a mal tempo, invocate in contrario.

Noi dicemmo che sono state forse invocate a mal tempo e siamo in disposizione di dare la scelta al nostro Avversario fra le due opinioni, una delle quali porta che la Novella 115. ha agguagliato i figli di famiglia a quelli che sono usciti dalla potestà paterna, mentre l'altra sostiene che questa Novella in fatto di preterizione paterna, e delle sue conseguenze legali non ha fatto innovazione alcuna all' antico diritto; e siamo in dovere di giustificare la nostra asserzione e la nostra offerta. E questa asserzione e questa offerta partono dal convincimento che in qualunque sistema, l' azione nascente dalla L. Filius intentata dall' Avversario e da noi combattuta non sia per nulla nè dalle leggi antiche, nè dalle nuove accordata ai figli usciti dalla potestà paterna. Non dalle antiche, e l'Avversario lo concorda (Art. 4. pag. 50. §. 2.) Non dalle nuove: Infatti in un sistema che ci parve il più retto, e che partendo dal chiarissimo Donello è so-

stenuto da altri dotti ed eruditi, queste nuove leggi che si risumono nella Nov. 115. hanno lasciata intatta la legislazione sulla preterizione paterna. E tale è l'opinione che sostengono dopo il Donello amplissimo propugnatore di questa Sentenza (nell'Autentica ex caussa Cod. de Liber. praeterit., e nel Commentario Lib. 6. Capitolo 13.) il Vigno intieramente nelle questioni scelte alla questione 20. del lib. secondo, Harprecht nel suo Commentario alle Istituzioni al tit. de Exheredatione Liber. §. Emancipatos n. 6. a segg. e i citati da lui in numero copiosissimo, tra i quali è specialmente degno di essere rammentato il Gilken nel suo Commentario all'Authentic ex caussa, in cui tratta alla lunga (non senza copiare il Donello espilato da tutti) questa controversia, lo Scheifordegher, il Voet nel suo Commentario lib. 28. tit. 2. dei Digesti, il Perez sul Codice de Liber praeterit. n. 4. il Wesembec Inst. lib. 2. tit. 13. n. 2. Viglius ivi Winn Instit. tit. de Exher. lib. 2. E scendendo più basso, possono rammentarsi il Crasso, il Misingero al §. 6. delle Inst. de exhered. liberor. il Barry de Successionib. e (quel che lo persuase) il Sig. Roaldes, il Curzio, di cui poi parleremo come di quello che si fa merito nella

controversia col „ Distingue frequenter „ degli Scolastici etc. etc. etc. Tutti questi sostengono che agli emancipati, e a quelli che sono fuori della potestà paterna non compete la querela di nullità, che è precisamente la tesi opposta a quella dell' Avversario.

Diciamo ora qualche parola del secondo sistema, di quello in cui si vogliono compresi nella Novella 115. i figli costituiti nella paterna potestà e colpiti di preterizione.

Alla testa della contraria opinione l'Avversario poteva citare tra i primi il Duareno, che dopo avere altrove esaminata la Nov. 115. nel suo originale, fondato specialmente sopra una Variante accettata dall' Aloandro, sostiene che questa Nov. contiene il caso della preterizione paterna. Non poteva peraltro asserire che tutta la scuola Cujaciana è in questo concetto: si potrebbe anche con scarsa scienza Bibliografica provargli che questa è un' asserzione inesatta ed esagerata. Meno poi poteva asserire che la Novella 115. dispone in quel modo, nel quale egli la fa parlare (Consultaz. pag. 56). Quando occorrerà gli citeremo quel luogo, in cui le parole citate esistono, ma per ora basta il negare ciò che è asserito, che sieno nella Novella 115.

Procedendo però in quel sistema, in cui la preterizione paterna sarebbe diretta dalla Novella 115. nel quale procedono tutte le autorità citate in contrario, è da notare che in quel sistema non competerebbe per nulla al Sacerdote Prato l' azione intentata; ed i contradittori avrebbero soscritta la condanna del loro Cliente.

Cosa mirabile, ma pur vera! Poichè se la Novella 115. comprende nella sua disposizione per abrogare il Gius antico, anco il caso della preterizione paterna, e si stende così ai figli in potestà, come agli emancipati, gli avrebbe pure tutti protetti colla unica sua sanzione. La quale sanzione porta seco la rescissione del testamento nella istituzione soltanto, e la sua conservazione nei legati, nei prelegati ed in tutti gli altri capitoli. — E siccome non dichiara il testamento nullo, ma solamente soggetto a rescissione; ad exauctorazione, ad evacuazione, esige così che si agisca per querela da quello stesso che è stato offeso, e non da altri, a differenza di ciò che accadeva per la legge Filius e per il Gius antico. — Lascia valido il testamento in tuttociò che concerne a successione singolare, e questo pure diversamente dalla legge antica. — E così

3

obbligherebbe il nostro Giudice a dichiarare degna di essere rigettata la domanda perchè è dizione di nullità assoluta e istanza di divisione, perchè è istanza che sia dichiarata aperta ab intestato la successione, perchè è istanza e azione promossa da tale, che non ne aveva l'esercizio, perchè il suo effetto è l'eversione totale della disposizione, mentre non potrebbe essere che parziale. Che se alcuni degli scrittori citati dicono che il Testamento in questo caso è nullo di pieno diritto bisognava prima di citarli, che alcuno si dasse la briga di riscontrarli con attenzione. Perchè o questi scrittori procedono nel primo sistema, e parlano di dritto antico: o parlano di vera e propria ed assoluta preterizione, anzichè di apposizione di condizione, che è la tesi, nella quale per necessità si ricerca sempre la querela e la cognizione di causa, come dimostrammo nella nostra scrittura interpretativa, o se pronunziano la parola nullità intendono della nullità relativa, e così di *rescissione sulla querela dell' offeso*, e di *rescissione parziale*, e non usano la parola NULLITA' nel suo senso speciale, e come si oppone alla rescissione, ma nel senso generale, e mirando all' ultimo risultamento delle

operazioni giudiciarie, ed all' effetto del Giudizio rescindente: o finalmente se chiamano nullo il Testamento, intendono però in sostanza ed in effetto che questo abbia da rescindersi sulla querela dell' offeso *unicamente* e non d' altri, e così rendono affatto e per due lati inefficace questo sistema. Tale è precisamente il Misingero citato in contrario, e di cui però l' Avversario non può ricusare l' autorità che lo condanna, nè protestare al modo dei forensi che " accetta le cose favorevoli, e impugna le contrarie ". Eccone le parole " Sed an ipso jure hujusmodi „ testamentum sit nullum, vel ita demum si prae- „ teritus filius ipsum subvertat, perpetue rixantur „ DD. et magnis argumentis in utramque partem „ disputant. Curtius has tam pugnantes sententias „ ita conciliat quod licet testamentum, in quo fi- „ lius familiae est praeteritus, ipso jure sit a prin- „ cipio nullum, in effectu tamen inutile non exi- „ stat, nisi dicatur nullum, quoniam non obstante „ tali nullitate subest spes approbationis vel ex- „ pressae, vel tacitae . . . „ E citata l'opinione che tale sia stato anche il concetto di Giustiniano, e che però abbia parlato di nullità, e di necessità di eversione nella Nov. 115: segue a dire: " Ergo sensus est quod ut testamentum,

„ in quo filius est praeteritus ipso jure nul-
„ lum efficiatur necesse sit hominis operam in-
„ tervenire. „

In tutte queste categorie poi non entrano affatto le autorità che si trovassero per caso citate male a proposito, e fuor di senso. E io nomino tra queste l' autorità del Vinnio il quale si cita al §. 10. del suo Commentario alle Istitut. de Haer. inst. quasichè sostenesse il concetto avversario che i figli emancipati annullano di pieno diritto il testamento, nel quale sono stati offesi colla preterizione, o colla condizione vietata. Bisognava secondo la l. Incivile est de Legib. Leggerlo tutto e bene, e così vederlo nelle questioni scelte, come nel Tit. de exher. liberor. e spiegare bene quel „ coeteris suis „ e non dare questo nome agli emancipati.

Torniamo ora per un momento sù ciò che dicemmo di sopra sul senso della Novella 115. essa piucchè ad Irnerio e al suo Secolo, ed alla comune versione, noi abbiamo fede nel Testo. E siccome il volgare esempio della Cornacchia della favola, benchè non manchi d' imitatori fedeli, non è del nostro gusto, riferiremo quì quanto sù questa Novella ci referiva un dotto e virtuoso giovane che formando il sog-

getto della molta nostra stima ed amicizia nel presente e delle nostre speranze del futuro, ha volte a questa Novella le sue cognizioni filologiche e giuridiche, supplendoci affatto in questo, ed assitendoci in altri particolari di queste note. Porteremo quì per disteso il tenore delle mie ricerche e quello della sua cortese ed erudita risposta.

QUESITO

La Novella 115. di Giustiniano in quelle parti, nelle quali contiene proibizione del torre ai figli la eredità, è ella atta a comprendere il caso della preterizione paterna? La comprende ella in effetto col tenore della sua Lettera anche pei casi, pei quali vi fossero disposizioni nelle Leggi anteriori? V'è almeno tanto nel suo spirito, e nel modo della sua disposizione, o della sua sanzione da credere che più del supplire l'antico diritto, volesse correggerlo? E la sua correzione potrebbe ella colpire le disposizioni più rigide delle sue? — E, fatta astrazione, dalla sua disposizione, la sua sanzione apparisce ella unica? V'è qualche cosa nella sua lettera che possa confermare il concetto che

l'oblio dei figli nel padre abbia esso pure formato subietto di prevenzione e di repressione? E questa sanzione rende essa veramente e propriamente nullo in *Stretto senso* il testamento, sicchè non apparisca bisogno o di querela da promuovere — o di cognizione di causa da adoprare — o di Sentenza da proferire che spogli quel testamento di pienezza, di forza d'autorità? E le cause della legge — e le circostanze della proibizione da verificare, e le parole della disposizione sono elleno tali in qualunque lezione del testo da presentare questa nullità vera assoluta independente da qualunque ricerca giudiciaria da istituire? O questa ricerca appare per qualche modo necessaria a farsi, e limitata a proporsi, sicchè la persona dell'offeso paja sola propria a questo ufficio, ed investita di questo diritto, sicchè niuno possa *Supporre la nullità*, ma debba chiedersi che il testamento sia privato della sua forza attuale e legittima, sicchè mancando questa richiesta, appaja dal testo che il testamento debba rimanere valido ed efficace?

Risposta

Interessantissime sono le diverse ricerche che Ella mi propone intorno alla Novella 115: E certamente a ben risolverle vi si richiederebbero maggiori forze delle mie molto deboli e poche. Non di meno io non trascurerò la occasione presente di farle piacere, e di dimostrarle volontà osservantissima d'ogni suo desiderio: e però prendendo alla mano il greco testo della controversa Novella, e notando tutto quanto lo spirito e la lettera della medesima suggeriscono di opportuno, mi sforzerò di corrispondere alla fiducia che Ella con mio soverchio onore ha di me concepito.

Comincio dall' esaminare la disposizione della Novella quale essa è scritta sul bel principio del Capo 3. *Οεστίζομεν τοίνον μὴ ἐξεῖναι παντελῶς πατρὶ ἢ μητρὶ ἢ πάππῳ ἢ μαμμῃ ἢ προπάππῳ ἢ προμάμμῃ τὸν ἴδιον ὑιὸν ἢ θυγατέρα ἢ τοὺς λοιποὺς παῖδας ἀμνημονεύτους καταλιμπάνειν ἢ ἀπὸ κληρονόμων ποιεῖν εν τῇ ἰδίᾳ διαθήκῃ.*

Questionasi se Giustiniano parlando qui di preterizione intendesse di parlare di qualsivoglia preterizione, ovvero se di quella soltanto-

della madre, e degl' ascendenti materni, la quale per legge equiparavasi alla diseredazione. Imperocchè tacendo l' Imperatore degl' antichi rimedj che ai figli *suoi* e agl' *emancipati*, allorchè fossero preteriti nei paterni testamenti, soccorrevano con più largo favore di quel che egli stesso in quella costituzione facesse, e di più lasciato avendo laddove nella fine dello stesso cap. 3. stabilì la penale sanzione, di fare altrimenti parola di figli preteriti; non senza molto apparato di ragioni, potrebbe ritenersi che la Novella 115. intendesse a produrre un nuovo diritto intorno alla diseredazione, e intorno a quella specie di preterizione soltanto, che dicevasi equivalere alla diseredazione.

Non pertanto maturamente riflettendo su tutto il contesto della Novella, io penso che la prima opinione è forse quella che meglio allo spirito ed alla lettera del medesimo trovasi corrispondente. Difatto l' Imperatore non solo nel citato luogo al principiare del terzo capitolo, ma in qualunque altro gl' occorse di far parola della diseredazione, rammentò ancora ed alla diseredazione congiunse la preterizione, e sempre con termini generali ed illimitati. Nè può objettarsi che alla fine del cap. 3. la vol-

gare versione fà parola di soli diredati, e che il greco originale, e specialmente quello riprodotto da Antonio Cont (Lugduni ap. Rovillium 1581.) legge ἀποκληρονόμων γραφεῖσι παισὶν *ai figli diredati*. A questo obietto che è forse il miglior fondamento della contraria opinione, io ho assai cose da replicare. E primieramente ridurrò a memoria che la prima edizione delle Novelle Giustinianee, tanto secondo il Catalogo della Biblioteca d'Elci, che secondo l'altro recente del Dottor W. Hebenstreit, che è quella Greco-Latina data dall'Haloandro (Norimbergae per Io. Petrejum 1531), legge ben diversamente quel passo εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη, μηδὲν γίνεσθαι πρόκριμα τοῖς μὴ κληρονόμοις γραφεῖσι παισὶν, e secondo la versione dell'Haloandro stesso = Caeterum si haec ita observata non „ fuerint, nullum liberis praejudicium fiat, qui „ *heredes scripti non sunt*. E questa lezione, e questa versione furono altresì ritenute nelle posteriori ristampe (Parisiis 1542-1552 =) apud Car. Guillard) Duolmi per vero dire di non avere a mano l'esemplare dello Scrimgero, pubblicato da H. Stefano nel 1558. ma riguardo a questo io asserisco a buon diritto che concorda coll'Haloandro. Perocchè Francesco Duareno il

quale al merito di ottimo Giureconsulto accoppiò non mediocre perizia delle greche lettere, avendo preso a confrontare la versione dell' Haloandro col codice Scrimgeriano, non trovò da notare in questo passo alcunissima discrepanza (Antuerpiae off. Cris. Plantini 1567). Così essendo se l'autorità della lezione adottata dall' Haloandro è grandissima, come ognun vede, se essa è preferibile all' altra perchè più antica, e più vicina ai fonti manoscritti da cui tutte le posteriosi edizioni dipendono; non può altrimenti dirsi che Giustiniano nel citato luogo del Cap. 3. parlasse di soli diseredati: mentre o siano i figli diseredati, o preteriti nel testamento, sarà sempre vero che essi sono *μὴ κληρονόμοι γραφθέντες* = non scripti heredes. = In secondo luogo richiamando ad esame quella stessa lezione *ἀποκληρονόμων γραφεῖσι παισὶν* che ha dato luogo alla versione volgare e che io desumo dalla citata edizione del 1581, osservo che essa offre una manifesta violazione delle regole grammaticali; mentre costringe ad accordare in caso affatto diverso, il soggetto col suo qualificativo = *ἀποκληρονόμων παισὶ.* = Ivi a parer mio dovea leggersi *ἄπο κληρονόμων* disgiuntamente: Poichè oltre la necessità di non violare le regole della

lingua era da porre a calcolo ancora la stravagante composizione della parola ἀποκληρονόμων, la quale io non so con quali buone autorita possa sostenersi. A significare il diredato molte volte io trovo anche presso Teofilo impiegata la parola ἀπόκληρος, ma non mi sovvengo di avervi mai letta l'altra ἀποκληρονόμος. Se dunque è da disgiungere il genitivo dalla prep. che lo regge, allora è anche luogo a modificare la volgare versione. La prep. ἄπο, fra gl' altri uffizi che le sono proprj, ha anche quello di tener luogo di ἄποθεν *longe procul* come rilevasi dai triti es. ἄπο πατρίδος, ἄπο γνώμης; Però ἄπο κληρονόμων τινα γράφειν dovrà tradursi = scrivere o porre fuori del numero degl' eredi = e non diseredare. Questa frase conveniva ottimamente a Giustiniano, il quale erasi protestato di non contentarsi della semplice menzione che intorno ai figli i testatori facessero, scrivendo per essi o legati o altre liberalità; ma volerli a ogni modo scritti eredi o con giusta causa diredati. Questa frase altresì, essendo come l' altra μὴ κληρονόμοις atta a comprendere tanto i preteriti che i diseredati, toglie al contrario objetto qualunque apparenza di verità. Non ostante voglio soggiungere esser tanto

falso che colla parola *ἀποκληρονόμων* si designassero i soli diredati quanto è chiaro che Giustiniano confessò col fatto, non avere essa nel Greco un tal preciso senso; mentre negl'altri luoghi della Novella non più della medesima si servì, ma vi sostituì le due latine praeteritio exheredatio così al Cap. 4 *καὶ αὗται μὲν τῆς* exheredationos *ἢ* praeteritionos *αἱ ποιναι* e al Cap. 5 *τὴν ὕβριν τῆς* praeteritionos *καὶ* exheredationos.

Sciolta per tal modo la maggiore delle difficoltà, di nuovo stabilisco che l'imperatore parla sempre di preterizione come di diseredazione, in termini generali ed illimitati: or come può dirsi che qui per preterizione si ha da intendere quella soltanto della madre e dei materni ascendenti che avea appunto forza di diseredazione?

Parve al Fulgosio che a dirimere questa controversia bisognasse niente meno di un oracolo dell'Imperatore, ed a me pare che se questo oracolo è necessario, lo è soltanto per favorire coloro che pretendono limitare le parole generalissime della novella.

Ma le disposizioni del diritto antico sono esse dal tenore della Novella cangiate? Io non dubito di asserirlo. Certamente il conciliare que-

ste disposizioni che pur son' opera della Legislativa Sapienza di Roma colla costituzione Giustinianea, sarebbe ove fosse possibil cosa, scopo degnissimo delle cure di ogni interprete, e di ogni giureconsulto. Ma se per porre in salvo l' *antico* diritto è d' uopo disconoscere il *nuovissimo*, se le parole di questo hanno ad essere stranamente violentate e contorte; allora stimo che in ciò non possa altrimenti trovarsi nè gloria nè verità. E perchè mai avrebbe Giustiniano le tante volte ripetuta la parola *preterizione* a lato dell' altra *diseredazione*, se all' uno ed all'altro caso non era la sua legge ordinata? e perchè mai, se lo volea, chiaramente non disse che le antiche pene della preterizione ritenevano il lor vigore? mentre poi fu così scrupoloso da porre in un caso molto più semplice quella avvertenza che leggesi alla fine del capo 4.

D' altronde rivolgendo il pensiero allo spirito di equità dominante nelle novelle, per cui esse molte volte, anzichè supplire il gius antico, ne correggono e ne mutano il rigoroso tenore; parmi di avere avanti agl'occhi plausibile ragione da giustificare nel caso nostro una tal correzione. Il testamento viziato di preterizione era nullo, e questa pena di nullità che investiva

ed annichilava ogni parte del medesimo, giustamente potea sembrare eccessiva. La preterizione infatti è un vizio dell'interna solennità della istituzion dell'erede che per se stesso non dovrebbe refluire sugl'altri capitoli del testamento, quali sono i legati le tutele le liberalità ec. Che se in questi capi il testatore spiegando chiaramente i propri voleri non si fece violatore di alcuna legge: se questi capi del testamento non sono in alcun modo conseguenze della viziosa istituzion dell'Erede; ad essi non deve estendersi la penale sanzione, perchè è alieno dall'equità il distruggere un'atto intero quando ne è viziosa una parte, e non piuttosto questa correggendo e mutando, rispettare finchè si può le sacre volontà dei morienti. Adempiendo a un tal voto della ragione e della equità la Nov. 115. stabiliva che a cancellare la ingiuria recata a figli nei testamenti dei genitori, gl'eredi scritti ad essi il loro posto cedessero, ma che gl'altri capi del testamento fosser salvi ed interi. E questa disposizione è, come io la riguardo, pariforme e propria di tutti i casi di preterizione, e non soltanto della preterizione materna: perchè essa è unica, e perchè i motivi di decretarla essendo in tutti i casi i medesimi, ora attenderli ed ora

nò, sarebbe stato un capriccio indegno della venerabile maestà delle leggi.

Passo adesso ad esaminare le altre questioni che intorno alla penale sanzione della Nov. 115. Ella mi ha con sommo acume proposto. Questa penale sanzione, Ella dimanda, è forse quella assoluta nullità che ad operare la distruzione del testamento nulla abbisogna di cognizione di causa e di definitiva sentenza? Nelle parole del testo io cercherò la adeguata risposta, *'Ει δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη, μηδὲν γίνεσθαι πρόκριμα τοῖς ἄπο κληρονόμων γραφεῖσι παισὶν, αλλ' ὅσον ἐις την ἔνστασιν τῶν κληρονόμων ανήκη, τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, ἐις τὴν των γονέων κληρονομίαν τους παῖδας ἐξ ἀδιαθέτου εξ ἴσης μοίρας ἐρχεσθαι* Cap. 3. Tutto riducesi a determinare il significato del participio *ἀκυρουμένης* con che l' imperatore qualificò il Testamento. È da ravvisare la prima sua radice nella parola *τὸ κῦρος* che tutti i buoni lessici traducono per ***autorità, autorità piena, conferma, approvazione.*** Formasi da *τὸ κῦρος τὸ κυροῦν*, e a questo verbo corrisponderebbe nella nostra favella: ***dare autorità, confermare, approvare, convalidare.*** Ora se a *τὸ κυροῦν* appongasi la *α* negativa esso per necessità cambiando di valore starà ad esprimere un senso tutto opposto

al primo, cioè *togliere autorità, invalidare, disapprovare*. Venendo al participio ἀκυρουμένης, esso appartiene appunto al passivo di questo verbo τὸ ἀκυροῦν, e però nella frase τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, è chiaramente significato non il testamento nullo ma *il testamento privato della sua autorità*, cioè il testamento rescisso. Ecco come il citato passo del capo 3. dovrà tradursi.

„ Se non saranno queste cose osservate, (decre-
„ tiamo) che niun pregiudizio ne derivi ai figli
„ che non furono scritti eredi, anzi *venendo il te-*
„ *stamento spogliato di autorità* per ciò che at-
„ tiene alla istituzione degl'eredi, (decretiamo) che
„ i figli ottengano per eguali porzioni e ab inte-
„ stato la eredità dei loro Genitori. „

“ Interessa confermare questa grammaticale investigazione coll' uso degli scrittori. Nè già intendo dire di quei scrittori de' bei tempi della Grecia i quali estranei del tutto, come erano, alla romana giurisprudenza, niun lume somministrerebbero in questa ricerca. Apransi i Basilici al Lib. 48. Tit. 2. si leggerà ἡ παράνομος λέγεται διαθήκη ὅτε μὴ κατα νόμον γένηται: ἡ ἀντὶ μηδενὸς, ὅταν ἀμνημόνευτος γένηται ὁ ὑπεξούσιος. E le Istit. di Teofilo al Lib. 2. Tit. 3. ἕν δέ τι τούτων (parlasi di solennità esterne) παραλειφθὲν ἄχρηστον δείκνυσι

την διαθήκην. Ora queste tre espressioni ἡ παράνομος ἡ αντι μηδενὸς ἡ ἄχρηστος διαθήκη. Sono comunissime e ricorrono ad ogni passo per indicare il testamento nullo e l'ingiusto, ma giammai vi si trova impiegata quella della Nov. 115. ἡ διαθήκη ἀκυρωμένη. L'Harmenopulo nel suo Προχ: Νομων volendo ridurre a tre principali classi i diversi difetti dei testamenti così si esprime ταῖς διαθήκαις τρία πάθη παρενοχλεῖ, οἷον ῥῆξις, ακυρωσία καὶ ατέλεια Lib. 5. Tit. 5. In questa classazione sotto la parola ατέλεια vengono disposti i testamenti nulli ed ingiusti e non sotto l'altra ακυρωσία. Perche ciò? Perchè quella parola ακυρωσία che discende da quello istesso verbo τὸ ἀκυροῦν di già citato, non può adattarsi ad altri testamenti che quelli che fin da principio ebber buona e valida sussistenza.

È facile conchiudere dalle cose fin quì discorse che nella Nov. 115. non vi ha parola di nullità ma di sola rescissione. Infatti il testamento nullo, ossia quello che si considera come non esistente non può avere nè qualità nè accidenti. Ora Giustiniano afferma del testamento ambedue queste cose allorchè lo considera come evacuato come spogliato di autorità nella istituzione, anzi come everso, secondo l'altra frase che si riscontra nello

5

stesso cap. 3. *ὼς ἂν ἐι κατὰ τοῦτο τὸ μέρος μὴ ανατραπεῖσα ἡ διαθήκη ἐκράτει*, nè affermate le avrebbe se non volea riconoscerlo, nel suo nascimento, valido e sussistente. Ed è per ultimo da notare, che la nullità assoluta dell' atto, male armonizza colla intenzione della legge. Se volea questa provedere ai figli e ai genitori soltanto, come se ne protesta, la rescissione del testamento era sufficiente rimedio: al contrario la nullità profittando indistintamente a tutti i legittimi eredi benchè remoti, progrediva coi suoi effetti oltre lo scopo desiderato.

Rimangono a dedursi da tali principj alcune legittime conseguenze, per dare ai rimanenti quesiti quella risposta, che dichiarando il testo può darsi. Il testamento valido in origine non può essere nè *everso* nè *evacuato* nella istituzion dell' erede, se non che per opera di una giudiciale sentenza. Se Giustiniano avesse inteso operare da per se stesso col solo tenor della legge questo effetto, sarebbesi servito della frase *διαθήκη ἀκυρωμένη* o *ανατραπεῖσα ἐξ αυτης τῆς γραφῆς*, così praticato avendo tutti quelli che vestirono con parole greche il concetto dei romani Legisti. Ma questo egli non disse: anzi enumerando le giuste cause della diseredazione ordinò che ne fosse

dimostrata la verità e ne impose l' onere all' erede, scostandosi anche in ciò dall' antico diritto. Or non è questa una manifesta dichiarazione della necessità d' un giudizio? E questa necessità che verificasi secondo la lettera nella diseredazione, verificasi ancora secondo lo spirito della medesima in ogni caso di preterizione: perchè la sanzione della novella è unica, e sì alla prima che alla seconda ordinata.

Nè può in questo giudizio sostenere la parte di attore se non colui, che fu ingiuriato nel testamento paterno. La prova io la desumo dalla intenzione del legislatore *ταῦτα δὲ διετυπώσαμεν ἵνα καὶ τοὺς γονεῖς καὶ τοὺς παῖδας ἀπὸ τῆς τῶν διαθηκῶν ὕβρεως ἐλευθ ρώσωμεν .... μία γαρ ἐστι τῆς ἡμετερας γαληνότητος φροντις τὸ τὴν ὕβριν της* praeteritionos *καὶ* exheredationos *των γονέων καὶ τῶν παίδων ἀνελεῖν. Queste cose ordinammo, onde liberare e i figli e i genitori dall' ingiuria che ad essi recar possano i testamenti... Poichè è sola intenzione della nostra serenità, togliere di mezzo l' ingiuria, della preterizione e della eseredazione dei genitori e dei figli.* Cap. 5. Giustiniano così spiegando con accuratezza il pensiero che lo animava, e *unico* denominandolo, stabilisce da per se che il favore della sua legge è negato

a chiunque o non è strettamente congiunto di sangue col testatore, o tale essendo, non fu anche ingiuriato nel testamento.

Questo è quel poco che io ho da replicare col testo alla mano all'elegante *Quesito*. Poichè non ho creduto dovermi occupare delle varie opinioni che a diritto o a torto furono su tal materia dai diversi scrittori sostenute e discùsse: mentre ho l'onore di dirigermi a tale uomo che di queste dottrine è a me, come a molti altri, sapientissimo e venerato Maestro.

D. Fl. Severi.

NOTA TERZA.

§. 21. pag. 19. e al §. 32. pag. 61.

Sul carattere di Erede suo da verificarsi necessariamente nel figlio condizionalmente istituito.

1. Perchè la proibizione delle condizioni e l'annullazione dei testamenti che le contengono è scritta come conseguenza della suità, e del condominio, non può parlarsene se non che a favore del figlio *erede suo*.

2. Quindi è cessata sotto le leggi che non conoscono suità, e tali sono le leggi Toscane, non che le leggi comuni dell'Europa (§. 21.) Così i figli di Adriano Prato viventi sotto le leggi Toscane non possono nè proporre questa querela, nè far luogo ad altri che domandino nel loro silenzio, e come eredi legittimi, chiedano che sia dichiarata intestata, e fra essi divisa la Eredità d'Adriano Prato.

3. Non può legittimamente dirsi che la legge Toscana delle successioni abbia dato agli eredi legittimi la qualità di eredi suoi perchè non lo disse, nè lo volle, nè può dirsi che questo

carattere dai successori legittimi rimanga comunicato agli Eredi testamentarj.

La prima di queste proposizioni, oltrechè è conseguenza del nostro principio fondamentale, è poi dimostrata nella nostra scrittura (§. 21.) ed investe il caso nostro perchè i figli d' Adriano Prato non essendo altrimenti nella potestà paterna non erano eredi suoi, che di suità non gode il figlio quando esce dalla potestà. Lo provammo, ed è da vedersi Winn. Comm. Inst. de exher. §. 3. Aggiugnesi Grass. Lib. 1. de Succ. §. Suitas. q. 4. 2. 1.

La seconda " che ove non è suità, ivi non sia possibile applicazione delle leggi sulla preterizione dei figli eredi suoi, e che questa *conseguenza* della proposizione precedente sia applicabile alle leggi della Europa moderna „ non ha bisogno d' argomenti che la sostengano, poichè quella sua relazione di conseguenza colla proposizione che la precede basta a difenderla. Nonostante, anche a questo proposito possono allegarsi copiose le autorità degli scrittori che attestano la cessazione, anche per Giurisprudenza usuale, di quel principio. Così se ne spiega Voet ad Dig. tit. de Liber. et posth exhered. n. 12. " Quia vero jure nostro (ed il nostro è

„ pari a quello) nulli amplius sui heredes sunt
„ propter cessantes peculiares illos qui Romanis
„ placuerant effectus patriae protestatis, ideo
„ quoque penes nos Liberi omnes sub conditio-
„ ne casuali possunt institui si modo legitima
„ ipsis pure et sine onere data sit. — Leuwen.
„ = Paul Voet, Groenevegen de legib. abrogat „.

Non può poi, come in terzo luogo asserimmo sostenersi razionalmente che la nostra legge dia agli Eredi intestati diritto di suità, e sia questo comunicato agli eredi testati.

In due modi pare che questa tesi sia sostenuta in contrario: E prima equivocando tra il dominio e il possesso, ed invocando al proposito il nostro Editto Successorio Toscano, ed in secondo luogo appigliandosi alla legge Toscana sulla patria potestà e tentando di attribuirle gli effetti che alla liberazione dalla potestà paterna per dignità attribuì già l' Imperatore, e a questa annettendo ciò che a favore del sacerdozio si trova scritto in qualche oscuro scrittore di cose Canoniche.

Quanto alla prima difesa però, noi ne parlammo a bastanza e ci pare che riportando alla sua causa quel disposto e mostrandolo, siccome egli è, vestigio di antica fiamma, e dicendo con semplicità

che la *suità* supponeva il *dominio* e non il mero e nudo *possesso*, fosse detto in prevenzione quel pochissimo che bisognava. E ci pare anche che non sieno da fare lunghe parole sulla pretensione del pareggiare i diritti dei successori intestati a que' degli istituiti come si pretende di fare, esigendo che in questo proposito la legge nostra che non disse tal cosa mai, operi a suo dispetto. Il solo assurdo, pel quale a tutti, anche al Fisco si comunicherebbe il diritto di suità, basta a distruggere questo concetto.

Per ciò che concerne al secondo modo di difesa, noi non sappiamo con qual diritto una disposizione che è *singolare*, e stabilita in grazia della dignità si voglia comunicare ad ogni modo, per cui si scioglie la potestà, e singolarmente al suo cessare per la età. Se si piglia dalla legge speciale di Giustiniano, noi domanderemo con qual diritto vogliono trarsi da caso a caso senza identità di ragione i privilegi — e se ragione vi fosse (che non ve n'è) come si possa trarre ai conseguenti ciò che contro il tenore e la ragione delle leggi é stato per una speciale occorrenza introdotto. Se si cita poi la nostra legge toscana, e bisogna pure prendere argomento da essa, chiederemo come si distingua tra i vari

modi, pei quali essa annunzia e dispone che cessi, la patria potestà, mentre la legge non distingue affatto: E vorremo sapere come, e con qual fondamento si vuol dare effetto diverso ai vari modi di resoluzione quando questi effetti si annunziano eguali, e, ove si volle differenza, si disse. E infine chiederemo in grazia che ci si dica perchè si istituiscano differenze fra le supposte varie *maniere* d'emancipazione, e se ne scuopra una *di diritto*, e un'altra *di fatto* (quasi non approvata dal dritto) mentre, perchè la suità cessi, non si richiede affatto emancipazione, siccome altra volta dicemmo, ma resoluzione qual che sia della potestà, e al nostro proposito, legge o costume che l'abbia per abolita. Queste sole ricerche ci paiono bastanti ad escludere la pretensione contraria che quando cessa la potestà se ne abbiano a conservare gli effetti, e tra questi il diritto di suità che ha cessato d'essere in uso, e che però non può nè invocarsi, nè produrre effetti, nè supporsi riconosciuto coll'adozione d'una massima del Gius Francese che non conobbe giammai suità.

NOTA QUARTA

al §. 22. pag. 24. e §. 33. pag. 65.

Sulla indole delle condizioni che possono viziare il testamento.

Perchè la legge vietava la preterizione, e non la condizione, la Giurisprudenza considerò le condizioni eccedenti la individuale potenza dell'istituito come vietate perchè o casuali o impossibili potevano qualche volta, o dovevano mancare di effetto, e in questo evento defettivo, il testatore obliava e *preteriva* il figlio. Non vietò le potestative perchè dipendendo esse dalla volontà del figlio, se non erano adempiute, v'era tacita renunzia sua all'eredità, e non preterizione del padre. — Però è *questione di fatto* se la condizione annulli il Testamento perchè la sua soluzione dipende dal misurare *in fatto* l'indole della condizione colle circostanze e colle forze del figlio, e di quelle forze e organiche, o volitive, di che il Testatore ha cercato l'impiego.

Ora, nel fatto, la Condizione imposta ai

figli d'Adriano Prato consistendo in una *mera promessa*, è sicuramente potestativa.

Nè può utilmente opporsi il subietto e l'esecuzione della promessa quasi fosse impossibile perchè,

In primo luogo è da osservare che il subietto della promessa non è ingiunto condizionalmente, ma penalmente, e per tal pena che non toglie nè il carattere, nè l'emolumento ereditario; ed

In secondo luogo è notabile che la esecuzione della promessa, se pure fosse condizionale, non eccederebbe nè la potenza, nè la dignità degl'istituiti, essendo affatto falso che il rilasciare altrui per un tempo l'amministrazione sia vietato potendosi dare con onere; e con aggravio ciò che potrebbe negarsi affatto ed essendo fuor d'ogni verità la massima che invitare alcuno a lasciare che altri amministri per lui la quota lasciatagli di eredità, e a non aggravare questa quota di obbligazioni, sia un torgli la integrità della persona — e se si parla di giuramento, avendo esso già un effetto stabilito dalle Leggi e non essendo imposto in modo principale e riprovato.

Queste osservazioni sono ampiamente fatte

nella nostra Scrittura (§. 22. e 33.) e la Consultazione Avversaria, non ci annunzia cosa alcuna di nuovo, e per conseguenza non esige altra risposta. Sarebbe da dire qualche cosa sul Voto, ma non ha poi nulla di non veduto, o non preveduto. Ricorre per tutto la stessa difesa che equivoca tra la *condizione di promettere*, e la *ingiunzione di eseguire*. — Concorre la stessa confusione che si vorrebbe porre tra il cedere per 10. anni l' amministrazione semplice dei beni ricevuti dal Testatore, lo che tutte le leggi permettono, e lo spogliarsi della giuridica personalità lo che niuno hà mai imposto ai figli di Adriano Prato, e se lo fosse stato, il preteso Curatore secondo le dottrine ricevute e che originariamente partono da Paolo di Castro si ridurrebbe a semplice Consigliere e cooperatore, qual' è stato Massimiliano Prato istituito dal nostro Testatore. E così alle stesse difese previste da noi, ripeteremo le stesse risposte. E, per dire qualche parola di più, osserveremo che questa dottrina la quale dietro il consiglio del Castrense è stata poi sviluppata dalla Giurisprudenza dimostra come la ingiunzione dell' Amministrazione non sia mai nè *nulla*, nè *più che potestativa*. O infatti si tratta d' Ammi-

nistrazione semplice, quale realmente si verifica nel caso nostro, o è questione d'una Amministrazione tale che vincoli effettivamente la persona dell'istituito, come si vorrebbe malamente in contrario che questa pur fosse. Se si tratta di quella prima, è pacifico che il Testatore, e specialmente il Padre può soggettare i beni che lascia all'erede, all'amministrazione d'un terzo per un tempo determinato, purchè quest'aggravio sia detratto dalla legittima, o per via di alternativa, o di effettiva separazione, come è da vedersi presso il Castrense e i successivi Scrittori.

Se poi si tratta della amministrazione seconda, di quella che investe la persona, e allora la Giurisprudenza hà convenuto di ridurre colla Interpretazione quell'Amministrazione nei suoi giusti confini; e non la cassa dal Testamento, ma la restrigne dentro i limiti legittimi, sicchè quello che era Curatore, al di là dell'età minore rimanga, e s'intende eletto per avere un tal qual rapporto di subordinazione e di Consiglio coll'istituito secondo la Teoria del Castrense cons. 131. Vol. 1. Samminiat. controv. 145. 9. contr. 13. n. 4. R. R. cor. Lancetta dec. 681. §. 5. 6. §. 22.

Ed in ogni caso poi è convenuto (e ciò risponde ai pretesi vincoli personali che si sognano ingiunti agli eredi nel Testamento) ed è convenuto per massima comune ed indubitata che le proibizioni di obbligare, d'alienare ed altretali contemplino gli atti volontarj pericolosi, dannosi, e non mai quelli che si fanno saviamente, utilmente, o necessariamente secondo le cose che dietro il Baldo insegnavano e decidevano molti tra i nostri.

Con queste osservazioni ci sembra che sia ampiamente sodisfatto agli argomenti contrarj. È solamente da fare un' avvertenza. Si sostiene che le condizioni (sempre nell' equivoco che siamo nell' esecuzione della promessa in termini di Condizioni, anzichè di prescrizioni penali, o modali) non sono potestative, ma miste. E questa affermativa si appoggia al supposto che non si possano èseguire senza il concorso della volontà di Massimiliano che amministri — che provveda — che conviva coi suoi fratelli. Ma si avverta che non è imposta l'opera perfetta, o il fatto positivo degli eredi e di Massimiliano, ma il semplice fatto negativo degli Eredi — non separarsi — lasciare che amministri. Ora, la prescrizione di non fare che si contiene nel te-

stamento è eseguita colla sola volontà degl' istituiti e basta evidentemente che non contrafacciano per dire che hanno eseguita la ingiunzione paterna. Se Massimiliano negasse di star unito, di amministrare, e non stasse coi fratelli sarebbe sempre vero che non si *separarono* da lui i suoi fratelli: che non *impedirono* che amministrasse ma *lasciarono* che amministrasse realmente; e così il precetto del testatore sarebbe stato eseguito perchè non era il *fatto positivo* da *eseguire insieme col terzo*, o col concorso dell' avvenimento, ma di fatto negativo e della stipulazione notissima ,, per te non fieri. ,,

Ciò pare che basti per dimostrare che anche le cose *ingiunte fuor di condizione* da Adriano Prato, e scambiate pure colla *Condizione*, non sarebbero nè fuor del potere ordinario degl' istituiti, nè esposte nella loro verificazione alle vicende del caso. Sulle altre ingiunzioni non parleremo. Non sul giuramento perchè ne parlammo a bastanza: non sulla ingiunzione di non *separarsi*, e *dividersi* perchè quantunque ne fosse detto una parola nella storia della Causa all' Udienza, non è nè soggetto della domanda, nè argomento delle contrarie Scritture diversamente da ciò che or' ora dicemmo. E questo sarà

o perchè l' uno dei nostri Avversarj non vorrà mettersi in contradizione con se stesso, o perchè l' altro non vorrà porsi in opposizione colla Legge 4. Dig. de cond. instit. e con ciò che Ulpiano sull' autorità di Giuliano, anche nella contradizione di Marcello fissava. Che se pur venisse talento ad alcuno tra gli Avversarj d' impugnare al Padre la facoltà di ordinare la communione tra i suoi figli per un determinato tempo (che non può essere minore di anni sedici per il Testo, e noi non ne abbiamo che dieci) lo rimanderemmo a quella falange di Scrittori concordi che tratti dàl contrario parere per la verità invocammo nel nostro scritto (pag. 75. in fine) e fuor di quelli al Voet nel suo trattato de familia erciscunda Cap. 15. n. 7. che è pienissimo nel nostro proposito di ragioni e d' autorità.

NOTA QUINTA

al §. 23. pag. 28. e al §. 34. pag. 86.

Sulla validità della istituzione Condizionale quando il figlio condizionalmente istituito è poi in caso di condizione mancata o diseredato, o istituito nella legittima.

1. Perchè la legge vietava la preterizione, e non le condizioni, non vietò le condizioni casuali se non in quanto lasciavano obliato e in stato di preterizione il figlio in caso di condizione mancata. Quindi non le vietò se nel caso di condizione mancata v'era diseredazione, instituzione pura che abbracciò a preferenza, instituzione nella legittima, alla quale sola si stese sempre il diritto del figlio, e la obbligazione del padre.

2. Che se così cessa la censura della l. Filius quando vi sia o diseredazione, o istituzione pura aggiunta alla Istituzione condizionale (perchè essendovi o l'una, o l'altra non potrebbe dirsi che fosse preterizione nel Testamento) e se i figli d'Adriano Prato sono, per il caso di Condizione mancata,

puramente istituiti nella legittima, e puramente diseredati dall' asse residuo, è da dire che così son posti fuor della Legge che gli autorizzava ad infermare il Testamento paterno, ove fossero offesi di preterizione.

3. Quindi il nostro testamento è capace di qualunque onere, poichè hà posto i figli nella libertà *di scegliere* fra la Istituzione onerata di condizioni e la legittima puramente e senza onere, e a titolo d' istituzione ad essi lasciata.

4. Nè si può negare ragionevolmente che la legge Romana permetta al padre di famiglia che lascia la legittima ai figli, il disporre del resto, e tanto più il gravarlo d' oneri, o di condizioni, poichè la sola questione fatta e possibile è se si lasci utilmente senza titolo d' istituzione; e questa pure è da risolvere a favore del testamento. Così dopo le leggi Voet ff. de inoff. testam. n. 64. Gotius dec. 16. n. 1. Consil. e singolarmente Stryk. Us. modern. Pandectarum.

5. Nè può pure impugnarsi che il dritto Toscano quando hà ridotto a Legge la Sentenza ricevuta comunemente del Soccino non abbia consacrato anche più chiaramente questo principio, nè può sostenersi o che sia conforme alla l. 32. e 36. de Lib. praeter. o che queste Leggi

non permettessero d'imporre condizioni sulla parte che eccedeva la legittima, quando questa legittima era lasciata liberamente e puramente.

Queste nostre evidenti proposizioni non abbisognano o di prova, o di conforto dopo le contrarie difese. In queste non si combatte affatto la nostra tesi che parte dalla ragione intima delle cose e sostiene che dove, e in un caso della condizione eseguita, è istituzione, e nel caso di condizione mancata v'è discredazione, non può dirsi che vi sia altrimenti caso verificabile di preterizione. Questa nostra tesi che difendemmo colla ragione, e colle leggi pare anzi che si concordi, poichè alla pagina 77. si cita lo Struvio che lo dice in lettera. E ciò basterebbe perchè concorrendo la discredazione nella specie attuale, potessimo legittimamente e decentemente tacere. Se non che, è da avvertire che anche quì, cambiando lo stato della questione, si và per la parte contraria in un' equivoco che bisogna rettificare, e che poi si eccitano tali pretese sulla nostra Legge Toscana che non sono nè da sostenere, nè da permettere che si sostengano.

E quanto all' equivoco, il voto contrario, non dissimulando la gravità dell' argomento che

ricaviamo dalla istituzione nella legittima, accompagnata colla discredazione nell' asse residuo, cerca di dileguarlo e di abbatterlo, tornando ad una questione già proposta tra gl' Interpreti, ma che non è la nostra. Dopo le leggi 32. e 36. riferite nel Codice al titolo de inofficioso testamento dubitò Bartolo che non fosse più luogo a parlare della legge che interdice le condizioni nell' istituzione del figlio di famiglia erede suo sotto pena di nullità del testamento. Egli credè che quando alcuna condizione non potestativa si leggeva apposta alla istituzione, dovesse separarsi la porzione legittima, e quella darsi pura e senza onere all' erede — E che, quanto al resto della eredità dovessero le condizioni rispettarsi ed eseguirsi Egli partiva dalle leggi 32. e 36. oome da un principio, da eui l' abolizione della l. Filius scendesse per conseguenza. " E
„ ciò, perchè quelle leggi avendo ordinato che
„ gli oneri e le condizioni imposte sulla legit-
„ tima si detraessero, sicchè riformando il mal
„ fatto del testatore, il figlio avesse intiera la
„ sua porzione, e questo figlio istituito erede
„ obbedisse alla volontà del testatore pareva a
„ Bartolo che qualunque volta „ si verificava questa utilità, le leggi che la procuravano di-

ressero applicarsi. Vennero altri a gara d'opinioni, (frequente e dannosa gara!) e sostennero che le due Leggi dovessero ristringersi al caso che contemplavano in lettera, e che le condizioni senza alterazione del testamento dovessero detrarsi quando era lasciato meno della legittima, e quando era luogo alla querela d'inofficioso; E vollero poi questi interpreti che in tutti gli altri casi queste condizioni fossero regolate dal Gius antico; e però se non v'era discredazione viziassero tuttavia il testamento, ove avessero carattere di preterizione. La questione che ardea fra gl' Interpreti fu così affatto diversa da questa nostra. Si cercava fra loro se dopo la l. 32. e 36. de inoff. testamento la disciplina giuridica delle condizioni annullatrice del testamento fosse cessata, o se restasse tuttora; si cerca fra noi se la l. Filius cessi quando all' istituto condizionalmente si lasci la legittima pura se la desidera, e l'ama meglio che la istituzione condizionata. — Così noi non prendiamo parte in quella Lite, quantunque potesse essere utile l'affermativa che sostiene l'abolizione e quantunque potessimo per questo utile concetto allegare copia grande di autorevoli scrittori che lo difendono. Stanno in fatti per questa utile Sen-

tenza col Peregrino " de fideic. art. 36. de le-
„ git. n. 63. e Strykio de usu modern. Pan-
„ dectar. lib. 28. (Brunnemann Comm. in Cod.
„ Lib. 6. t. 25. alla l. si pater. 4 de inst. et
„ substit. Ved. Mantic. de conject. ult. vol. Lib.
„ 9. tit. 18. n. 13. per l'opinione comune) Richier.
„ I. Un. Lib. 2. §. 268. Grass. de Succ. lib. 1.
„ §. legitima q. 38. n. 23. „ Fingiamo dunque
pure che le leggi 32. e 36. sieno pel caso nostro rimaste senza efficacia. Ma si confessi che tra noi e i nostri Avversarj è questione „ Se, posta la permanenza delle Leggi contro le condizioni, queste Leggi cessino nel caso di diseredazione — e più nel caso, in cui la legittima sia stata lasciata *distinta* dal resto, *pura*, *senza onere o condizione* che sia, ed a *titolo d' istituzione*. „ E noi difendiame la tesi che in primo luogo perchè esiste diseredazione e questa è fatta secondo le leggi non si può parlare di preterizione, o di condizione annullativa — e per secondo diciamo che quando si è lasciata la legittima puramente, ogni resto del patrimonio può vincolarsi a condizioni, oneri, aggravi, purchè sia data la facoltà all' erede di scegliere fra la legittima pura da un lato, e l' eredità, o successione universale condizionata dall' altro. E

fondiamo questa prima resoluzione sulla L. 4. C. de Her. inst. e sulle altre citate nel nostro testo. E fondiamo questa seconda sull' autorità del Testo, sulla Giurisprudenza ricevuta nella Teoria cautelare del Soccine, e finalmente sulla Letterale disposizione della Legge nostra Toscana sulla legittima. E della Giurisprudenza attestano " Voet de inoff. test. n. 64. Barry de
„ Succession lib. 16. tit. 10. §. 5. de Castillo
„ quotid. controv. vol. 5. cap. 64. §. 37. §. 10.
„ e seg. Voet de lib. et posth. n. 12. Rot. Rom.
„ 23. Mart. 1626. cor. Merlino post Merlin de
„ Legit. Peregrin de fideic. art. 36. n. 63. Stryk
„ us. modern. Pandectar. Lib. 28. tit. 7. de Con-
„ dit. institution. Marta de succession. p. 4. q.
„ 11. art. 11. §. 42. Ric. Iur. Un. Lib. 2.
„ §. 278. §. 289. Ajunt. contra sententes. con-
„ ditio non detrahendi legitimam improbatur
„ alegibus . . . . Respondetur legitimam in hae
„ specie non prohiberi a patre, quinimo eam
„ sponte relinquit: id unum cavit pater ut filius
„ si legitima jure sibi debitam habere malit ab
„ ampliore, nec debita liberalitate repellatur vel
„ si hac frui potius eligat compensationem inducit
„ quae locum tenet legitimae Rot. Rom. de Victo-
„ ris 22. Mart. 1626. c. Merlino post Merlin de

„ legit. Domini censuetunt, dispositionem Ber-
„ nardini substineri quia illa habet juris assi-
„ stentiam pro se, et libera fueultas datur
„ unicuique testandi de suis substantiis, et cum
„ singulis filiis integram legitimam reservave-
„ rit, de residuo potuit ad libitum disponere
„ etiam in praejudicium aliorum filiorum quia
„ filii dempta eorum portione legitima, in re-
„ liquis considerantur tamquam extranei. „

Diciamo ora della legge Toscana. Il Voto avversario s'infinge che la legge Toscana sia identica colle leggi 32. e 36. (de inoff. testamento, e vuole però che come di questa, così sia giudicato di quella. Ma le l. 32. e 36. parlavano del caso in cui fosse lasciata la legittima con qualche onere, o gravame, e dicono che si detraggano. Ma non dicono affatto nulla del caso, nel quale la legittima pura sia stata lasciata alternativamente e distintamente ed a scelta dell'istituito coll'Eredità condizionata. Ed il nostro dritto Toscano all'opposto contempla questo caso speciale di alternativa omesso dalle leggi 32. e 36. citate in contrario. E questo nostro diritto erige alla forza di Legge la cautela del Soccino, dopo aver proibito le condizioni sulla legittima; si spiega col sommo della chiarezza sul nostro

caso, e permette e fà lecite e valide le condizioni *se si dia la scelta all' istituito tra la legittima pura, e la Eredità condizionata.* E viene così a suggerire una cautela speciale per l'apposizione della condizione, stata espressamente praticata da Adriano Prato: sicchè bisogna dire che quella legge che convalida il testamento e la condizione della istituzione contempla in lettera il caso presente. — E così operando ripete ciò che la Interpretazione aveva espressamente fissato, cioè. = *Che ove si lasci pura la legittima possano apporsi quanti e quali si vogliano, condizioni alla istituzione.*

Ciò che per noi fù detto fin quì non solamente basta, ma esubera straordinariamente per tutti, anche per quell' uomo di piombo, di cui è menzione nella contraria Scrittura. Nonostante, ci pare che a tutto questo si possa aggiugnere una osservazione. Abbiamo quà una istituzione condizionale, ed una istituzione pura. La Condizionale per tre dei figli di Adriano Prato si pretende nulla, e perchè? Tutti lo sanno: perchè la condizione involge preterizione, e perchè la preterizione annulla il testamento, per mancanza d' Istituzione dell' Erede. Ma se alla Istituzione condizionale vietata, nul-

la, condannata a morte, spenta già per mano degli esecutori della legge, è unita una istituzione pura, valida, incondizionale, giusta, e tale che non si possa trovarvi che dire, la quistione sulla nullità come può proporsi? Non è vero che la legge allora manca della causa e del fine? Perchè annullerebbe ella il Testamento per mancanza d'Istituzione, se l'istituzione esiste, ed esiste tale da preferirsi, pure come ella è, alla Istituzione condizionale? In questo caso la Istituzione pura dee valere, e la condizionale dee aversi per nulla. Questa istituzione pura è quella che si vede fatta nella legittima, e noi parliamo di questa, come quella che per *il testo* debba prevalere alla condizionale. Ma altri trovò già che il Testamento Prato conteneva un' altra Istituzione pura che gli parea scritta precedentemente alla Condizionale, e così invece d'una per salvare il Testamento ne avremmo due.

NOTA SESTA.

§. 24. pag. 32. e al 35. pag. 91.

Sulla utilità delle Condizioni, e sullo spirito che le dettava, per cui non possono considerarsi come vietate.

Perchè la legge vietò la preterizione come danno ingiurioso del figlio, bisogna che l'auimo e l'effetto di danneggiare si verifichi. Quindi non procede la legge se la condizione che contenga preterizione sia apposta con buono spirito e miri alla utilità dell'istituito. Queste asserzioni del Testo son confermate e chiarite dalla Giurisprudenza e dalla Interpretazione: si possono a questo luogo riferire le sentenze di molti. Del Carpzovio Iurisprud. forens. Constit. 9. defin. 11. „ Neutiquam ergo praeteritio testamentum vi- „ tiabit si et ipsa in favorem liberorum facta „ fuerit. Si parens *filium aere alieno obaera-* „ *tum* praetereundo, instituat haeredes nepotes, „ ne forsan Creditores portionem hereditariam „ auferant, subsistet omnino tunc testamentum. „ — Menoch. de Praesumpt. lib. 4. Praesum. 28.

„ n. 8. — Grass. de success. lib. 1. §. legitima
„ q. 38. n. 12. Sed quod si gravamen, vel *Con-*
„ *dictio* esset apposita in favorem ipsius filii et
„ commodum, numquid reicietur? Respondeo
„ quod non: immo valet et observanda est.
„ Barry de Success. Lib. 10. tit. 3. §. Subijcio
„ quosdam casus in quibus onus, vel *Conditio*
„ sive dies non reiicitur. Primus erit si sit ap-
„ positus in commodum et evidentem utilitatem
„ filii: Esempla affert De Praetis. Similiter etiam
„ adhuc hodie bona mente diem, vel condi-
„ tionem adijci posse legitimae filii, dicit Cu-
„ jacius. — *Castillo controv.* quaes. I. Civ. L.
„ 5. c. 64. §. 16. Facit etiam et quinto loco
„ quod conditio... respiciens commodum et fa-
„ vorem filii non reiciatur de legitima — Voet.
„ de inoff. testament. n. 22. „

Ora perchè ai figli fù imposta utile ed amorevole condizione, e perchè nel testamento del Padre loro, anzichè ingiuria, o dimenticanza esiste benevola intenzione, e benefizio liberamente conferite e liberamente accettabile, è valido e lodevole quel testamento che le contiene.

Nè può senza prove, o senza rimprovero di calunnia fingersi questo testamento ingiusto,

e sognarsi determinato da straniere influenze. Queste asserzioni sparse qua e là che ora si disprezzano potrebbero pure, ove vi si facesse forza, giuridicamente vendicarsi, come potrebbero agevolmente distruggersi, ove se ne assumesse la prova, e divenissero qualcosa più che nenie di morti, e flebili e vane lamentazioni di vivi. È quindi da maravigliare altamente che siensi scritte. La pagina 4. 8. 9. 91. 92. di quella scrittura che colla data del 31. Luglio vedde unicamente la luce il dì 19. d'Agosto, ma non è da rispondervi secondo il proposito nostro segnato nella prima di queste Note. E questa brevissima nota noi la facciamo per ripetere e il proposito e l'invito che in quella prima contengonsi, e stiamo fermi nell'asserire per le ragioni esposte nel nostro scritto, che il Testamento d'Adriano Prato, a malgrado dell'orrore e dell'indignazione che altri ne mostri, fu dettato da buono spirito, consigliato dall'*esperienza,* e animato dalla *previsione,* volto *ai veri vantaggi di tutti, giusto* per tutti d'una giustizia rigorosa di *eguaglianza* e di *merito.* E quando vi saremo forzati, (ma solamente allora) spiegheremo e dimostreremo tutte queste nostre asserzioni speciali.

NOTA SETTIMA.

§. 25. pag. 34. e al §. 26. pag. 99.

Sull'effetto utile dell'essersi il Testatore rimesso alle leggi ordinando che le disposizioni illecite si avessero per non scritte.

Perchè il danno dee realmente verificarsi e partire da animo o colpevole di oblio indoveroso, o male affetto verso le leggi e il figlio; non v'è applicazione della legge nostra penale, ove il Testatore non abbia imposta la condizione vietata in un modo assoluto e definitivo, ma sibbene l'abbia subordinata alle leggi, apponendola, all'atto nel supposto che le leggi l'ammettano, e dichiarando che debba aversi per non scritta nel contrario concetto ove cioè le leggi non l'approvassero, e ciò perchè in tutto il resto il testamento si salvi. E di quì questa dichiarazione dispositiva salva il testamento per obbedienza alla legge, detraendone, la condizione.

E lo salva pure perchè una tal dichiarazione nchiude la clausola codicallare, e questa per-

messa anche dalla L. del 1815. per *salvare* le disposizioni *singolari*, comunque abolita per le istituzioni che si pretendessero salvare come sostituzioni fedecommissarie.

Ora, avendo Adriano Prato protestato che le sue disposizioni tutte erano subordinate alle leggi e fatte nel snpposto che fossero permesse, dichiarando però che tutte quelle che si troverebbero in opposizione alle leggi medesime dovessero aversi come non scritte; è evidente che stese pure alle condizioni questa sua geuerale volontà, e che queste condizioni però, ed esse sole, dovrebbero detrarsi dal testamenro se realmente si concepissero opposte alle leggi. E allora per due ragioni dovrebbero aversi per non scritte, rimanendo, salvo il Testamento. In primo luogo perchè mancando come abbiamo superiormente osservato, le altre condizioni della L. Filius perchè possa annullare il testamento, se le condizioni fossero impossibili, come si pretende in contrario rimarrebbero soggette alla detrazione: E poi perchè questa detrazione sarebbe in quel concetto espressamente voluta dal testatore per salvare il Testamento. Voluta per salvare il Testamento, e questo è disposto e dettato in Lettera, dal Testatore come fine della detrazione, e come di-

chiarazione espressa della sua volontà nel caso in cui le condizioni, o altre disposizioni si trovassero contrarie alle leggi. E questa conosciuta volontà del testatore opera più d' un effetto.

E prima impedisce all' Avversario nostro il dire *ragionevolmente*, come pure dice, che quando il testatore dispone in un modo che crede lecito, e giuridicamente possibile, dee annullarsi l' atto se quella disposizione si trova effettivamente illecita ed impossibile, perchè non si sà quel che il Testatore medesimo avrebbe fatto, e non può " profetizzarsi come avrebbe dispo-„ sto se avesse conosciuta la impossibilità delle „ condizioni medesime (pag. 43. e 44.) „ Poichè quì conosciamo espressamente, e senza bisogno d' una profezia (che poi *sul passato* non se ne costumano) quel che il testatore avrebbe disposto se aveste conosciuto la impossibilità delle condizioni. Avrebbe cassato la condizione e conservato in tutto il resto il testamento, poichè lo ha detto, espresso, dichiarato solennemente.

E poi impedisce il cavillare su ciò che si debba detrarre, dicendo che siccome si dee detrarre quel che è vizioso, e quì è viziosa la istituzione, questa debbe detrarsi, e così restando il testamento senza istituzione, cade per

un' altra ragione ; e sempre come mancante nella interna solennità. Poichè a questo bizzarro argomento si oppone la disposizione e il suo fine. *La disposizione* vuole annullato solamente ciò che è vizioso per se, e non ciò che da quello e per quello si vizia, e così la *sola condizione*, perchè quella sola è viziosa, e se la istituzione si rende pura prima che sia viziata, rimane valida. Il fine è la permanenza e validità del testamento in ogni sua parte conservabile " *per l'oggetto* „ *to* che in *tutto il resto* il Testamento medesimo „ abbia *tutta* la sua efficacia e vigore e la piena „ sua esecuzione „ e così per corrispondere a questo fine bisogna togliere dal testamento la sola parte viziosa, e non quelle ancora che potevano rimanerne infette. Nè è da dire che le condizioni operassero immediatamente e come un colpo di fulmine, e così quando il testatore volle che si avessero per non scritte, la distruzione del testamento fosse già accaduta. Sogni d' infermi sarebbon questi. L' atto è perfetto solamente quando ogni sua solennità è compiuta. E se nell' atto è apposta alla Istituzione una condizione, e questa condizione è poi tolta e vi si aggiugne una Istituzione pura, e la condizione si detrae, è già fissato dal Testo e noi l'abbiam

9

detto sull'autorità d'uno dei nostri Avversarj che domini e prevalga la Istituzione pura: ed è poi evidente che la condizione soppressa prima che il Testamento fosse valido ed esecutorio non potè produrre effetto di sorte alcuna. Ma poi, sarebb' egli vero che il Testamento mancasse allora d'Istituzione? Certo che nò. Gli eredi condizionali rimarrebbero istituiti nella legittima, e questa istituzione pura, come sopra osservammo prevarrebbe allora alla Istituzione condizionale nulla. Nè è da temere che vi fosse nella Eredità alcuna porzione senza erede testamentario. Poichè in questo concetto, la Istituzione universale di Massimiliano Prato basterebbe per comprendere e ricevere colla quota del Sacerdote Luigi anche le quote dei tre fratelli che tacciono: E se così fosse (come pure dovrebb' essere, verificandosi la pretensione del Sacerdote Luigi) egli certo non avrebbe loro renduto un servigio molto utile col proporre la nullità del paterno Testamento.

E finalmente un terzo effetto opererebbe la conosciuta e dichiarata volontà del Testatore che il Testamento abbia per ogni modo a salvarsi, togliendone ciò che è vizioso, e conservandone il resto. E quale sia questo terzo effetto, noi lo

accennammo. Si dovrebbe sempre considerare questa dichiarazione per una clausola Codicillare: E questa salverebbe il Testamento, e lo salverebbe segnatamente nei legati e nei prelegati, e così farebbe cessare la questione perchè in ultimo la questione proposta ha unicamente questo merito. Ma noi abbiam detto troppo: passiam oltre.

NOTA OTTAVA

al §. 26-27. ed al §. 37. pag. 102.

Sulla persona dell'Attore.

Noi abbiam sempre detto che il Giudizio attuale non poteva sostenersi dal Sacerdote Luigi Prato

1. Perchè solamente nel tema d' un' assoluta nullità, e sì certa che non abbisogni di alcuna ricerca nè di ragione, nè di fatto può allegarsi dal terzo la nullità se dà apertura ad un suo diritto, e tale è il caso della preterizione propria e universale in alcune specie:

2. Perchè nel tema di Condizione apposta alla istituzione, è secondo il diritto necessa-

ria la ricerca di fatto in contradittorio dell' istituito se la condizione anzichè casuale, o impossibile sia potestativa secondo la misura delle forze di quell' istituito condizionale:

3. E perchè il *consenso* dell' erede, può convalidare per *diritto pretorio* il testamento ed annullare la querela nella adesione al testamento, astinenza, possesso dei beni secondo le tavole, accettazione espressa o tacita dell' erede scritto:

4. E finalmente perchè si tratta d' abolire un' *ingiuria* e riparare un *danno*, e così di dare all' *ingiuriosamente* danneggiato un diritto che *come diritto* è da lui accettabile e ricusabile.

Però la legge 15 non può ammettere altri che il figlio (a distinzione delle altre preterizioni) ad infermare, *querelandosene*, il testamento paterno. Così Barry de Succession. lib. 10. tit. 3. §. 22. Marta de Succession. p. 4. q. 11. art. 11. §. 6. Mynsinger. Inst. tit. 2. de exher. liberor. §. 6. Rot. Rom. in rec. dec. 591. p. 2. n. 4. Rot. cor. Laucetta t. 6. dec. 1301. n. 17.

E se la Nov. 115., come sostiene l' Avversario, ha compreso la preterizione paterna,

non lo ammette a querelarsene come d' atto nullo, ma come d' atto da RESCINDERE, colla querela dell' inofficioso ex jure novissimo, con preservazione di tutte le disposizioni, oltre e fuori della *istituzione*.

Quindi nella specie attuale, la circostanza che i figli istituiti condizionalmente non agiscono in questo Giudizio di nullità, e dichiarano di non volere agire e contestare Lite, e accettano anzi il testamento, fa cessare assolutamente ogni reclamo legittimo contro il testamento medesimo.

Non può opporsi utilmente, come si dice nell' Articolo terzo della contraria consultazione:

Che il figlio, comunque non offeso dalla preterizione, abbia nonostante il diritto di allegare la preterizione perchè il testamento sia nullo di pieno diritto, e non possa nè impedirsi la nullità col silenzio, nè convalidarsi il testamento coll' approvazione del figlio offeso dalla preterizione in pregiudizio di quelli, ai quali la nullità del Testamento darebbe diritto di chiedere la successione legittima.

1. Poichè in primo luogo, non può concordarsi la massima colla quale si tenta d'insinuare " che „ quando il testamento è nullo di pieno diritto „ per una vera e propria preterizione, allora

„ l'erede legittimo, a malgrado del figlio offeso
„ dalla preterizione che tace ed approva il testa-
„ mento, può allegare la nullità, e dimandare di
„ essere ammesso alla successione „.

2. Ed in secondo luogo non può ammettersi verificata nella nostra specie quella supposta nullità di pieno diritto nel testamento, per la quale possa invocarsi quella massima che s'invoca dagli Avversarj dopo averla a piacere loro fissata.

Non può concordarsi la massima, colla quale si vuole insinuare che quando il testamento è nullo per preterizione vera e propria, allora l'erede legittimo possa allegare la nullità, e profittarne per essere ammesso alla successione, quantunque il figlio offeso dalla preterizione o taccia, o approvi e ratifichi il testamento paterno. Non può concordarsi questa massima, e noi siamo in questo concetto perchè le leggi vi contradicono, e la Giurisprudenza non lo consente. Le leggi vi contradicono. È volgarmente conosciuta la L. 17. de injusto rupto irrito facto testamento rammentata dagli Avversari, nella quale il fatto solo dell' astenersi del figlio offeso dalla preterizione convalida il testamento per dritto pretorio. La sentenza di quella legge è generale, nè può ammettersi la stranissima pre-

tesa dello Scalon. citato in contrario, il quale gratuitamente pretende di foggiare a suo modo la specie sulla quale rispondeva Papiniano, supponendo che in quel caso al figlio dimenticato colla preterizione fossero nella istituzione e si trovassero surrogati gli eredi legittimi. Non si può ammettere la preterizione, perchè di questa istituzione dei legittimi non è traccia nel testo.

Ora questa legge ha dato moto alla distinzione maravigliosamente stabilita e illustrata dal chiarissimo Averani, che il testamento pel fatto del figlio obliato colla preterizione, se è nullo per gius civile, si convalidi e si sostenga per diritto Pretorio. Questa massima è da vedersi là, dove meglio è sviluppata, nelle interpretazioni di Averani Lib. 1. Int. 11. che vien dietro alla 10. citata in contrario per sostenere la contraria massima. E quel che si dice dell' astenersi che è una tra le moltissime specie della approvazione, o ratifica, si dice delle altre specie di approvazione espressa, o tacita.

Che se dalla legge si passa alla interpretazione, e così a quella secundum rationem disputandi, come a quella contra rationem disputandi che dovrebbe raccogliersi nelle sentenze

ricevute e costituire la Giurisprudenza, si ha il medesimo risultato.

E che l'accettazione dell'istituito giovi sempre a convalidare il Testamento, e la sentenza che altri chiamò comune V. Barry de successionibus n. 22. tit. 3. Lib. 10. " Si praeteritus ad-
„ probaverit Testamentum, alii, qui erant succes-
„ suri, eo remoto, non poterunt dicere, testa-
„ mentum, esse nullum ea praeteritione, nec
„ ullum tale jus agendi eis acquisitum fuisse dicit
„ Benedict. — Grassus de succession lib. 2. §.
„ bonorum poss. q. 24. Id. §. Testamentum q. 48.
„ n. 7. Quid autem si filius praeteritus adprobet
„ Testamentum nullum, in quo est praeteritus po-
„ steaquam conditum est, numquid valebit, vel
„ reconvalescet? Respondeo quod de iure Ci-
„ vili quidem non reconvalescet, sed de Iure
„ praetorio et ejus aequitate . . . sive adprobatio
„ fiat expresse, sive tacite. — Marta de succes-
„ sionibus „. Vasquius Controv. forens. cap. 99. n. 3. Grass. de Success. Lib. 2. quaest. 27. n. 1. il quale dopo avere annunziato la questione prosegue Recepta et communis est DD. sententia in contrarium — e risponde alla distinzione della Consultazione Avversaria così " nempe sive
„ antea, sive post aditam hereditatem accepta

„ sit bonarum possessio non reduci rem ad
„ caussam intestati ... — Mynsinger. Inst. de
„ exher. liber. 17. Hoc tamen cessat si filius
„ proprio consensu a patre praeteritus — vel
„ etiam si initio restiterit, postea tamen facto
„ testamento, voluntati jam mortui patris *as-
„ senserit* valebit enim testamentum. „

Assumiamo ora la seconda difesa, e vediamo come e per quali fondamenti sia stato asserito da noi che non ricorre nel nostro caso la pretesa nullità di pieno diritto nel Testamento, e che così mancando la causa; manca l'effetto.

E questi fondamenti ci parvero da ridurre a varie categorie, e son queste che si determinano dalle cause loro diverse e che notiamo come ragioni da rigettare la contraria Sentenza.

1. Perchè non siamo in termini di semplice ed assoluta preterizione, ma di condizione, e questa presenta una pregiudiciale questione di fatto e di diritto essenziale.

2. Perchè se si vuole agire coi rimedj della Novella 115. come si dice in contrario, il solo offeso si può lagnare, e solamente nel limite della Istituzione, giacchè la Novella 115. non annulla il testamento di pieno diritto, ma lo re-

scinde sulla querela del solo offeso, perchè come fù ampiamente provato colla Interpretazione di quella Legge originale, la pena stabilita è la rescissione e non la nullità; e lo rescinde colla querela d'inofficiosità che è sicuramente personale all'offeso, e cessa colla sua adesione al testamento:

3. Perchè se si torna alla l. Filius, dal solo figlio in potestà possono prendere azione su altri eredi legittimi.

E che sarebbe in questi casi dell'emancipato o di qualunque altro fosse uscito dalla patria potestà? Avrebbe la bonorum possessione contra tabulas, come col testo osservava il chiarissimo Naodt. Com. al lib. 5. tit. 2. de inoff. test., e ciò così per l'antico diritto, come per diritto novissimo se si vuol dire che la Novella 115. non abbia alterato il Gius antico. Ma pei moderni costumi pare abbia a dirsi, competere oggi all'emancipato la querela dell'inofficioso testamento che hà effetti analoghi alla bon. possessione contra tabulas perchè la preterizione paterna debba ritenersi assimilata alla materna, nè possa altrimenti concepirsi suità " Voet de ,, lib. et posth. n. 11. pienissimamente il mede- ,, simo al tit. de inoff. test. n. 7. Grot. manuduct.